

## 清代家族法に於ける教令の秩序とその司法的保護

著者	森田 成満
雑誌名	星薬科大学一般教育論集
号	15
ページ	53-74
発行年	1997
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1240/00000202/">http://id.nii.ac.jp/1240/00000202/</a>

# 清代家族法に於ける教令の秩序とその司法的保護

森田 成満

## 目次

序言	五三
第一節 教令の秩序の仕組み	五四
第二節 教令の秩序の司法的保護	六一
第一款 教令をなさないものへの対応	六一
第二款 教令に違反するものの処罰	六四
結語	七三

## 序言

本稿は、清代の家族法に於ける教令（「教令」、「教訓」）の秩序の仕組みとその司法的保護について、法源の仕組みの中

で立体的に説明することを目的とする。それを通して家族法の構造的な特徴や道德の働きを窺うこともできる。

まず、教令する人に着眼して、誰がどのような事柄について誰を教令するかという教令の秩序の仕組みを見る。それは教令を巡って親属がどのような関係にあるかを明らかにすることである。

次いで、その秩序を裁判で保護する仕組みを説明する。なすべき教令をしなかったものに対する処理を見る。また、教令に従わないものを親属は自ら制裁できたとし、官に刑罰を科することを求めることもできた。教令に従わないものを、官が処罰するための訴訟の仕組みを明らかにする。その手続きを進めるために、官がどの位主導的に動くかが論点となる。

本稿が対象とする事柄を巡る専論は見当たらない。『台湾私法』が台湾の状況を簡単に記しているほか、瞿同祖氏が著作の中で触れている<sup>(1)</sup>。

第一次史料としては律例といわゆる刑案を主に利用する。

#### 註

- (1) 『臨時台湾旧慣調査第一部調査第三回報告書 台湾私法』(大正二年 汲古書院、一九七二年) 卷二下、二二一頁以下。Tung-Tsu Chu "LAW AND SOCIETY IN TRADITIONAL CHINA" (*Moulton & Co Paris 1965*) (以下 Tung-Tsu Chu 執筆と記す) Page 15 以下。「瞿同祖『中国法律与中国社会』(龍門書店、一九六七年) 四頁以下」。両書とも行為規範か裁判規範かと権利といえるか否かというような法源の仕組みの中で立体的に見ていない点で、筆者とは基本的に分析の方法が違ふ。

### 第一節 教令の秩序の仕組み

清代に於いて、人にはそれぞれ「名」と呼ばれる彼が置かれた社会的位置を示す名前に伴う、人倫上、行動できる枠、あるいは行動しなければならない枠である「分」があった。(「道」という言葉も殆ど同じ意味に使っている。) その枠は行

動の内容と、時には、その序列によって構成される。分を規定する名は、實際上、官民、旗民、良賤、主僕、師徒や同宗の尊卑、男女、長幼、夫婦等に限られ、それが軸になって、身分制度の枠組みを作る。分の内容はそれらの対立する人間関係の中で相対的にとらえられる。<sup>(1)</sup>そして、教令を巡る名分の秩序は裁判規範として官法に取り込まれている。

教令は親属間に於いてなされるときと奴婢、雇工人に対してなされるときがある。<sup>(2)</sup>親属間の教令は、教令を受けるものの親属が行う。奴婢、雇工人に対しては、家長やその親属が教令する。その意味でどちらも親属の仕組みと関係する。

親属間に於いて尊属は卑属を教令しなければならないし、夫は妻を、年長者は年少者を教令しなければならない。<sup>(3)</sup>それが、それぞれの分である。律例の文言は祖父母父母と子孫の間のものとして教令を規定しているけれども、それに限らない。そして、そこには原則として尊属、夫、年長者の順になすべきであるという序列があるように思われる。同居していても教令しなければならないとされることが目を引く。

尊属の卑属に対する教令は、通例、同宗直系の尊属である祖父母父母の教令が最も優先する。同宗直系の尊属に大きな權威が存在したことを示している。女であっても教令できるし、自然的なつながりのある親属だけではなく、社会的な関係の親属も教令できる。

祖母、母も教令できるし、祖父母父母は子孫の妻に対しても教令できる。<sup>(4)</sup>刑律子孫違犯教令条は次のように記し、教令する人として祖母、母を含んでいる。<sup>(5)</sup>

およそ、子孫で祖父母父母の教令に違犯したり、奉養が不十分なものは、杖一百に処する。教令に従うことができるのにことさらに違い、家計に奉養する余裕があるのにことさらに不十分なものをいう。祖父母父母が自ら訴えてくる必要があるであって、直ちに処断する。

血のつながりはないけれども、幼いときから家に入れて恩養すること年久しい義子に対しても祖父母父母は教令でき

る。<sup>(6)</sup> 継母、後妻も親母と同じく教令できる。<sup>(7)</sup>

傍系の尊属も教令できる。実際に最も問題となるのは侄(女)と伯叔父との関係である。嘉慶年間の直隸省大名府の次の一案は、時には、分居の叔父であっても教令の義務があるとしている。<sup>(8)</sup>

ことの起こりは、李李氏は二十余年間寡婦を通した。そのとき李梅は年わずかに七歳であったが、だんだん大きくなって大人になった。…その母の養贍の土地六十畝を勝手に賭けごとをして売り払って無くしてしまった。…叔等は、また、分居の姪とのことで全く関心を示さずその刃物をもって凶暴をほしいままにし、賭けごとをして憚ることがないのを放任している。その叔等は教令しない過ちを免れることはできない。…そのときに直ちに家法で重く処罰するか、あるいは、その強横が制御できなければ未亡人の兄嫁に従って官に送って処罰すれば、叔父としての道を果たしたことになるし、また、肉親の情を全うする。…李梅を既に先にその母と対決して來訊して例に照らして決めて上申の上、処理した。各地方に、もし、不肖の逆らう子がいたら、懲らしめてその悪を改めさせて身命を全うさせる。孤子の伯叔はその姪を厳しく監護して家声を奮い起こさなければならない。…このように判決する。

ところが、結婚した娘に対しては、嫁ぎ先で諍いをおこして実家に帰ってきたときにたしなめるような極めて限られたときを除いて、婚家にいる限り、教令することはない。<sup>(9)</sup> 婚家の教令が優先する。<sup>(10)</sup>

第二に夫は妻を教令しなければならない。「夫為妻綱：嚴行管教以期安守婦道」(夫は妻の根本である。…厳しく管教して婦人の道を守らせる。)<sup>(11)</sup> ただ、管教するものは原則として前記の序列に従って決まるのであって、道光二十年の安徽省の次の一案は、翁の訓教に従わない李氏を夫ではなくて、その翁の任天叙の管教の下に委ねている。<sup>(12)</sup>

…尋問して任李氏の翁の任天叙が供述しているには、李氏は日頃遊んでいて訓教に従わない。去年の十一月十四日に、また、任士淳の家に行つて無駄話をして家に帰ったのは夜遅くであった。管教に従わず怒りを買ったので、彼を押し倒した。任天叙が家に帰ってじかにその非を叱り、口喧嘩となつたけれども、全く殴つたようなことはない。本府が査するに、李氏が婦人の道を守らないところは、彼の翁が自分から訴えてきたからには当然信用するべきである。…任李氏は任天叙に帰して管教させる。…このように判決する。

第三に、長幼の關係にある兄弟の弟妹に対する關係が問題になる。<sup>(13)</sup> 兄弟の弟妹に対する教令の史料は極めて少ないけれども、親とともに兄弟にも教令するべき分がある。「父訓其子・兄誡其弟」(父はその子を教訓し、兄はその弟を戒める。)<sup>(14)</sup> 家奴から生まれた子に対しては、その父である奴婢の教令が最も優先するけれども、<sup>(15)</sup> 家奴の子ではない奴婢、<sup>(16)</sup> 雇工人<sup>(17)</sup> に対する教令は、家長が優先する。そして、その期親、外祖父母も教令できる。刑律奴婢毆家長条に次の様に記されている。<sup>(18)</sup>

もし、奴婢、雇工人が家長、および期親、外祖父母の教令に違犯して、法に沿って臀腿の杖を受けるところを叩いてたまたま死亡させてしまったり、過失で死亡させたときは、それぞれ問題とはしない。

家長の祖父母父母といわないのは、祖父がいれば彼が家長になるし、父がいれば彼が家長になるからである。祖父、父がいないときは祖母、母が家長扱いになるし、分居の子孫が奴婢を買ったときでも、その祖父母父母は家長と同じように扱われる。<sup>(19)</sup>

期親とは家長の尊卑の期服の關係のものを指す。即ち、家長の妻子が含まれる。外祖父母とは家長の母方の祖父母父母を指す。服制は軽いけれども、恩義が重いので期親と同じ扱いとなる。<sup>(20)</sup>

家長の妾も奴婢を教令しなければならない。「家長之妾、有教訓之責」(家長の妾に教訓の責任がある。)<sup>(21)</sup>

教令する人を巡って留意しなければならないのは、同居していなくても教令しなければならないとされることから見て、教令をなすべき地位は親屬であることに由来するのであって、日常生活上のつながりから出てくるものではないというものである。

もっとも、実際には日常、緊密に接触しているものが選ばれることが多い。母が一人で教令している史料をしばしば目にする。序列は上でも教令しない祖父母や父に代わって家の中では母が教令を巡って指導的な立場にあることが多かった

ことを示している。

教令をなす主体の範囲は、親に存する権利として構成する現代法の親権とは異なり、親属の人間関係のあり方を反映して広い。

教令の対象は、現代法の親権と比べて成年者も含む点では広く、乳幼児に対する管理を含まないという点では狭い。「管教」と呼んで教令、監護を総称することもあるけれども、教令とは行為を指示するものであるから、未熟な乳幼児は監護の対象（管）であって、厳密には教令の対象とはならない。それ故、乳幼児には教令違反もない。次の乾隆五十三年の四川省の事案は、九才の幼児について教令違反は成立しないとす<sup>20</sup>る。

…河へ行って水を汲んだが桶を引っ張ってふざけ、手をはなすようにいっても聞かない。該氏が怒って押すとすべって河に落ちて溺れて死んだ。孔文元は九才の幼児であり、桶を引っ張ってふざけても、教令違反として処罰することはできない。…

教令の内容は、違法、不当な行為をなすことを諫め、合法、妥当な行為をなすように勧める生活全般の指導に及ぶ。教令の具体的な内容に限定はないけれども、事実上、ある程度類型化できる。諫める対象となる違法、不当な行為には、犯罪であるものもあるし、道徳的に好ましくないだけのものもある。賭博<sup>21</sup>や窃盜<sup>22</sup>は前者の例であり、浪費<sup>23</sup>や遊蕩<sup>24</sup>は「遊蕩好飲・不顧養贍・経伊母訓誠不理・實屬違犯教令」（遊蕩して飲食を好み、扶養せず、彼の母が教令してもおさまらない。實際、教令違反である。）<sup>25</sup>後者の例である。

教令の内容となるなすべき行為は、特に家の外に於ける活動が少なかったことを反映して家の中に於ける役割を巡るものが多い。そこにも単に道徳に過ぎないものもある。家事を怠らず親に仕え、「母老張曹氏・以伊妻小張曹氏好吃懶做・屢訓不改」（母の老張曹氏は彼の妻の小張曹氏が飲食を好み無精なので、しばしば教令するけれども改めない。）<sup>26</sup>正業に務

め「(因子不務正業・屢訓不改) (子が正業に務めないのも、しばしば教令するけれども改めない。)(妻子を管教すること該犯不能管教其妻・以致伊母遷怒係屬違犯教令) (該犯はその妻を教令できないために彼の母を怒らせたのは、教令違犯となる。)」などがなすべき行為の典型的なものである。

教令の内容について留意するべき第一は、教令は子孫や奴婢等の行動に対する指導であって、それ故、教令しても直ちに子孫や奴婢、雇工人の地位に変化が生じることはないということである。その内容は權利義務に直接関係することがある現代法の親権と比べて狭い。また、子孫等に関係する事柄ではあっても、例えば、主婚の行為のような父母や家長が自らの行為としてなすものは子孫の行動に対する指導ではないので、教令とはいえない。第二に、外に対して家を代表するということとも関係しない。それ故、例えば家産の所有権の帰属の仕組みと直ちには結びつかない。

# 註

(1) 權利能力とか行為能力という考え方やそれを前提にして權利の体系を見ようとするのは、広範な事柄について權利義務を負う可能性があり自らの意思で行為することによってそれを構築していくことができて、なおかつ、その地位が裁判によって保護されることが約束されているときに意味がある。自由意思によって法律関係を設定できる部分が極めて少なく、權利能力や行為能力は個々具体的にそれが認められるときにあるとでもいった方がよい清代の家族法秩序は、絶對的に權利能力や行為能力を考へるのではなくて、物權法と身分法や法と經濟的機能を分けられない行動の枠としての分の中であらう。そして、その分には実體的に予め官がそれを保護するべきものとし、手続的にそのことを人民に知らせて約束しているという意味の權利もあれば、それがなされていない事実上の利益の享受に過ぎないところもある。

人を名分の中でとらえたとき、それはすべての人を含む。子も奴婢、雇工人も名がある訳であるから分をもつ。

例えば、家産の法律的構造もこの名分を軸にした体系の中で考えるべきである。それによって家の立体的な構造が見えてきて所有權法上に家産を位置づけることが可能になる。家には身分的な関係にある人が集まっており、家産の支配と身分関係が分化していない。それ故、家産は個人的には所有されない。強いていえば家産の所有權は家に存在したといえるのかもしれないけれども、家が所有權法上、權利主体としてとらえられたことはない。(因みに、税法上は家を戸と呼んで納稅義務の主体としている。)(拙稿「清代刑



法に於ける窃盜罪」(星葉科大学一般教育論集二三輯)二〇頁、二二頁参照。

- (2) 家族法とは関係しないので、本稿の課題から除かれるけれども、儒師や百工技芸の師は徒(弟)に対して教令できる。しかし、検案できる史料が乏しくて教令に従わない徒を許される方法で制裁を加えているうちに死なせてしまったとき、免責されないことぐらいしか明らかにできない。「大清律例」「大清律例彙輯便覽」(光緒二十九年、成文出版社影印)を使用)卷二七、刑律毆受業師条例一。ただ、そこから師の徒に対する支配は子孫や奴婢等に対するそれと比べて弱いことは読み取れる。

(3) 本稿五五頁。

(4) 大清律例卷三〇、刑律訴訟子孫違犯教令条上註。影印本四三三頁。

(5) 同右書同卷同条。

(6) 刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「蘇撫 咨薛張氏呈首伊子薛離兒忤逆照例擬軍一案…乾隆四十四年通行本内案」上註。

(7) 統增刑案匯覽卷一三、刑律子孫違犯教令条「江西撫 咨江德燭因向本生繼母吳氏頂撞氣忿…道光十二年案」。

(8) 講求共濟錄、堂斷七頁a「大名県婦李氏呈送伊子李梅忤逆兇狠肆賭不法一案」。

(9) 学治偶存卷六、八頁b「批邱廖氏告雷照慶為忿煽嫌逐懇恩究全事」。また、己嫁の娘が姦通したことを恥じて実父が自殺したときも、在室の娘と同じように処理する。(大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令条上註。影印本四三三頁)。

(10) 汝東判語卷二、二頁a「案李氏呈詞判」。

(11) 柴桑備錄卷二、二六頁a「劉復喜呈」。

(12) 府判錄存卷三、三頁a「道光二十年二月初八日審訊得汧陽県民任林桂控告生員李惟見等一案」。

(13) 大清律例卷二八、刑律毆大功以下尊長条輯註。影印本四〇二九頁。

(14) 講求共濟錄、示六六頁a「定州任内頒發勸人子不得賭窃犯法致累父兄獲咎示諭」。

(15) 本稿六三頁。

(16) 『臨時台灣旧慣調査会第一報報告書 清国行政法第二卷』(大正二年、汲古書院、一九七二年)八一頁以下。

(17) 生産手段に対する支配が弱い形で契約による労役に従うものを指すのであるけれども、具体的に何をしていた人を指すかについては、時代による変遷もあって、必ずしもはっきりしない。「重田徳」「清律における雇工と佃戸——「主僕の分」をめぐる一考察」『清代社会経済史研究』(岩波書店、一九七五年)所収)。むしろ、雇工人はその実態はともかくとして、身分の内容を考えるときの一つの基準として働くところに意味をもつ。

(18) 大清律例卷二八、刑律奴婢毆家長条。

(19) 同右書同卷同条輯註。影印本三九八〇頁。

- (20) 同右書同卷同条輯註。影印本三九八〇頁。
- (21) 刑案匯覽卷三九、刑律奴婢毆家長条「奉天司 查律載妾毆夫之期親以下總麻以上尊長：乾隆五十一年現審說帖」。そして、妾は恐らく子孫をも教令できたのであろう。
- (22) 刑案匯覽卷四四、刑律毆祖父母父母条「四川司 查例載繼母毆故殺前妻之子：乾隆五十三年說帖」。
- (23) 同右書卷四九、刑律子孫違犯教令条「晋撫 咨宋常孩因賭博輸錢欲當伊母馮氏衣服償欠：道光元年案」。
- (24) 同右書卷四四、刑律毆祖父母父母条「山東司 查律載子孫毆祖父母父母及妻妾毆夫之祖父母父母者皆斬：道光二年通行」。
- (25) 大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令条上註。影印本四三二四頁。
- (26) 續增刑案匯覽卷一三、刑律子孫違犯教令条「安徽司 咨監生高允錫遊蕩好飲不顧養贍：道光十三年案」。
- (27) 刑案匯覽統編卷二六、刑律子孫違犯教令条「山西司 此案張懷柱因母老張曹氏以伊妻小張曹氏好吃懶做屢訓不悛：道光十八年說帖」。
- (28) 同右書同卷同条「河南司 查例載村野愚民本無凶姦之心：道光十五年說帖」。
- (29) 刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「河南司 審擬慶善因伊母向其趕毆自行傷一案：嘉慶二十三年現審案說帖」。

## 第二節 教令の秩序の司法的保護

### 第一款 教令をなさないものへの対応

名分に基づく教令を巡る行為規範は裁判規範として官法に取り込まれている。しかし、教令できる地位を裁判を通して保護すると、官ははっきり人民に約束してはいない。官にとって利害の大きい事柄の規制は、裁判規範とし、かつ、その保護を人民に約束するという意味で権利とする傾向が見られる。<sup>(1)</sup> そのようにした方が権利を主張する人民の活力を利用して官は自らの意に沿う規制を実現し易かったのであろう。教令を巡る親属関係のあり様は官にとってそれ程利害が伴う事柄ではなかったらしい。

教令の秩序に背く事態を是正し、そのような事態を引き起こしたものに制裁を加えることによって教令の秩序を保護す

るといのが教令を巡る官法の内容である。教令は官が科した務めであるとして性格づけることもできる。実際に大きな問題になるのは、教令をなすべきものが正しくそれをしなかったときにどのようにしてそれを是正するかということ、教令の責務を果たさなかったものと教令に違反したものをどのように制裁するかということである。

教令をなすべきものがそれをしなかったとき、官は裁判に於いて第一に、教令の秩序に背く事態を是正するために、その責務を果たすように命じる。例えば、光緒年間の陝西省渭南県に於ける樊増祥の次の批は、ただ一人の身寄りの叔父が姪を引き取って管教せよとする。<sup>(2)</sup>

おまえの兄も兄嫁もともになく、わずかに姪一人だけが残されている。叔父たるものとして、何とかして彼を慈しみ教導するべきであるのに、日頃全く監護教育しないで悪党とぐるになって群れをなすままにしていた。今度、また、累を恐れるといつて出頭して捕らえて追及してほしいという。おまえの姪が本当に凶器をもつ悪兄ならば、その村の役人が追及を申し立ててこないのであらうか。ただ、おまえ一人が大義のために親族を滅ぼし、ついには本県が凶器をもつ悪党を捕まえて処理してほしいとする。おまえの兄と兄嫁はともにないのに、草を切り根を除くのに必ずしも足りないと考えているようであって、おまえの姪を死地に置こうとする。この魂胆はむごい悪人である。申し立ては受け入れられない。なお、おまえの姪の李瑞生をおまえに引き渡す。もし、非をなし悪をなす行為があれば、ただおまえを追及する。

そして、教令しなかったものを問責して処罰する。例えば、刑律毆祖父母父母条に付されている嘉慶十六年統纂の条例は、妻を管教できずに翁姑を殴り殺すのを止められなかった夫に対する処罰を規定している。<sup>(3)</sup> 兄は弟を正しく教令しないと処罰される。光緒年間、江西省東郷県の判断を示す次のような批がある。<sup>(4)</sup>

子弟が盜賊となって不法をなすとき、該犯の父兄にはたとえ事情を知って贓物を分けた事はなくても、また、監督できなかった過ちがある。今、おまえの子の殷明棟は雇われて朱庇信のために銀物を運送し、勝手にすきを見てもち逃げた。かつて推薦した張心燦はもとより身を局外に置くことはできないし、殷明棟は犯人の兄であるのだから、一層、罪を免れられない。…

このとき、処罰されるものは一人とは限らない。ただ、処罰される人の範囲は具体的な情況によるのであって、必ずしもはつきりしない。違法性だけではなく、責任の大小も考慮されるので、序列は等しくても処罰されたり、処罰されなかったりする。<sup>(5)</sup>例えば、主人の管教に従わない奴婢の子をどのように処罰するかを巡る刑部の判断を示す乾隆三十三年に出された次のような一文がある。<sup>(6)</sup>そこでは主人は処罰されていない。

…このたび許風は酒に酔って人を罵り、彼の主人の管教に服従しない。既に内務府が判をついた書類を部に送ったものを受理した。許風を家奴が酒を飲んで凶行をなした例に照らして宁古塔に送って軍人に与えて奴婢とする。顔面に墨を入れ兵部に送ってそこから出させる。双全は管教が厳しくなかったので、彼の子が酔って騒動を起こした上に、さらに彼の子と逃げ出したのは、また、不屈きである。双全も、また、不応軽律に照らして笞四十とする。ただ、犯行の時が熟審の期間にあったので、例に照らして寛大に免じて彼の主人に引き渡して監督させたらよい。

## 註

- (1) 拙稿「清代に於ける民法法秩序の構造」(星薬科大学一般教育論集第二二輯)五〇頁。
- (2) 樊山批判卷五、一五頁b「批李百俊呈詞」。
- (3) 大清律例卷二八、刑律毆祖父父母父母条例九。学治偶存卷六、一四頁b「批胡良輔告妻馬氏獲縱蠶潑再懇批傲事」も、同じ例である。
- (4) 柴桑備録卷二、八頁b「殷張氏呈」。
- (5) 教令しなかった叔父の李百俊は処罰はされていないのに対して、(本稿六二頁)前引の事案で(本稿五六頁)叔としての道を果たさなかった李寧邦、李寧宇はその後処罰されている。(講求共済録、堂斷九頁a「李梅蘭酒賭博違犯教令経爾嫂送到究責」)。
- (6) 中国人民大学清史研究所档案系中国政治制度史教研室合編『康雍乾時期城鄉人民反抗闘争資料』(中華書局、一九七九年)三八五頁。

## 第二款 教令に違反するものの処罰

教令違反は官法上の犯罪であり制裁を加えられ得るものであって、そういう意味で教令に対する服従は単なる道徳的な義務ではない。<sup>(1)</sup>

教令違反となるためには、違法性と責任の存在が要件となる。まず第一に、はっきりした教令行為があったことが前提となる。四川総督の上申文を巡る次の嘉慶元年の説帖は、不孝なる行為がすべて教令違反となる訳ではなく、教令行為が存在することが必要であることを記している。<sup>(2)</sup>

：査するに、子が不孝をなしたために父母が自殺した事案は、もし、日頃教えに従わず姦や盗みをしたために父母が沈み込み自殺したら、重く処罰する。今、趙正迎は平素は決して逆らっていない。彼が賭博に負けた錢文を胡元名に腹這いにされて乱暴に取り立てられたので、彼の母が聞き及び沈み込んで自殺した。趙沈氏は彼の子が賭博で作った錢文で憤って命を軽んじたのであるけれども、該氏は平素全くその子の賭博を禁止していない。該犯にも、また、母の教えに背いた格別の情況はない。調べると乾隆二十七年に議覆した通行と一致する。その通り、処理したらよい。

第二に、教令違反となるのは有意のときに限られる。刑律子孫違犯教令条がことさらに違うと記しているのは、<sup>(3)</sup> 教令の内容を知りながら敢えて違反することを教令違反の要件としていることを示している。

留意しなければならないのは、違法な教令には従ってはならないということである。親の教令に従って犯罪をなした子は免責されない。<sup>(4)</sup> 違法な教令に対しては教令する人に対してそれを思い止まるように説得しなければならない。忠告している間は教令違反とはならない。刑律子孫教令違犯条に付されている輯註に次のように記されている。<sup>(5)</sup>

…教令に従うことができないときは、忠告するべきであつて、それは違犯ということにはならない。：

ただ、忠告したのにそれを受け入れなかった親が自殺したときは、減刑されるけれども、処罰される。母の張氏が族兄の劉知確の息子の婚姻費用を忠告を受け入れず懐に入れて返そうとしないので、息子の劉知清がひそかに返却した。それを恥じて張氏が自殺してしまった道光七年の陝西省の事案がある。<sup>(6)</sup>

…おだやかに忠告して従わず、間違つた命令に違反したために、自殺したときについては、例に処罰の明文はない。情況を考えて減刑して区別をつけ公平をはかるべきである。査するに、劉知清は忠告して従わず、自分でお金をそろえて返還した。教令に従うことができるのにことさら違えた訳ではない。それ故、教令に違反したために母が自殺した条文に照らして絞死とはできない。ただ、彼の母が死んだのは、結局、該犯が勝手にお金を返したからである。情況を考えて、斟酌して該犯を教令に違反したために母が自殺した条文から一等を減じて、杖一百、流三千里に処する。回答して該巡撫に急いで処理して部に報告させたらよい。

親属の教令に従わない人に対する処罰のための訴訟手続の進め方、あるいは、時には刑罰内容の判断まで、官は重大な犯罪に関係しない限り、特に祖父母父母に、事実上、任せている。裁判は彼らが教令をなす後盾としての役割りを果たすに止どまっていた。祖父母父母の權威を承認した結果であらうけれども、官にとってはその程度の利害しかなかったのもあろう。

訴訟手続きの進め方の判断を祖父母父母に委ねていることは第一に、教令違反に重罪が伴うときを除き、祖父母父母が訴えてきたときのみ訴訟手続きを開始するという点に現れる。<sup>(7)</sup>傍系の尊属や夫も卑属や妻を教令することはできるけれども、彼らの処罰を官に求めることはできないのが原則であつたらしい。<sup>(8)</sup>

第二に、審理手続きが祖父母父母の申し立てに沿うものとなつて現れる。告訴がなされ審理が始まつたのち、祖父母父母の主張を信頼して簡便な手続きによって処理している。まず、上級機関の審理手続きが簡単になつていて、繼

母、後妻が求めた場合を除いて、発遣のような大きな刑罰を科するときでも、身柄を確保した審理は州県のみでおわる。<sup>9)</sup>部にまで至る州県よりも上の官衙の審査は文書による。

今後、継母が子の不孝を訴えたり祖父母父母が訴えて発遣を求めて、査するに後妻がいるとき、それぞれの州県に詳細に調べさせて通常の軍流の事案のように按察司が直接に検証して上申させるほか、その他の祖父母父母が子孫を訴えた違犯したことが顕著なものは、それぞれの州県に犯人の供述を記録し、一方では刑を決めて報告させ、他方では府に上申して調べてさらに上申させる。さらにこの按察司から部の判断を求めさせる。覆審したり成招する必要はないし、期限をいうこともない。

また、事実認定の仕組みも簡易であって、証拠がはっきりしていれば犯人が罪状を容認（「成招」）していなくてもよい。さらには、進んで虚偽であるとされない限りは、祖父母父母の主張を認めている。<sup>10) 12)</sup>

そして、そのときの実体的な刑罰の内容についても情況によっては祖父母父母の要求を認めている。「頂撞」<sup>13)</sup>、「吵鬧」<sup>14)</sup>、「頂觸」<sup>15)</sup>等の言葉で表現される教令しようとする祖父母父母に口答えし、祖父母父母の怒りを買ったようなときは、祖父母父母は官にその子孫を発遣に処するように求めることができる。（呈送）嘉慶十五年に修改された次のような条例がある。<sup>16)</sup>

およそ、口答えすることを訴え出てきた事案のうち、子孫が、実際、殴罵を犯し罪が重罪になるとき、および、僅かに教令に違犯するに止まるものは、そのまま、それぞれ律例によって分けて処理するのを除いて、祖父母父母が子孫を訴えて発遣を願ったとき、および、しばしば違犯し口答えをなすものは、訴えられた子孫を實際に烟瘴地方に発して軍に入れ、旗人は黒龍江に発して差に当てる。もし、祖父母父母が子孫、および、子孫の夫人と一緒に送ることを願ったときは、訴えられた夫人とその夫と一緒に皆発してそこに留まらせる。

この子孫の発遣を巡って留意するべき第一は、血がつながっていることは要件ではないけれども、同宗の祖父母父母だけがそれを求めることができたらしいということである。実母は、勿論、継母も発遣を求めることができる。「為人後者・

於本生父母有犯・仍照律定罪・繼母与親母同……（養子となったものが実の父母に違犯したときは、律によって処罰する。繼母は生母と同じ……）しかし、生母ではあるけれども、改嫁の母は帰宗させればよいのであって連れ子を發遣するようには要求できない。<sup>119</sup>道光八年の直隸省に於ける次のような一案がある。<sup>119</sup>

…査するに、米林が口答えして頂撞したのは、實際、不法である。ただ、米趙氏は該犯の嫁母であって、服制は期年になっている。もし、米林を一律に軍に処したならば未嫁の母と區別がなくなる。米林を母が子を發遣にすることを求めてきた例によって、一等を減刑して杖百徒三年とし、期間が満了したときに本籍に渡して帰宗させる。一旦再婚しても戻ってきた母は、子を發遣できる。<sup>120</sup>

夫も離婚すればよいのであって、妻を發遣することまでは認められない。嘉慶十三年の江西省の事案の中に次のように記されている。<sup>120</sup>

…査するに、夫が妻が翁姑に仕えないので訴えて官に出てきても、離婚させるのに止まる。もし、翁姑が子媳を訴えて一緒に發遣することを求めたときは夫婦ともに不孝の人であるのだから、同じ様に処罰して懲らしめとする。律に一緒に發遣する明文がないからといって、離婚させて宗に帰らせるにとどめて甘くするのはよくない。…本部は従来これらの案件を処理するのにおよそ父母が子と嫁と一緒に發遣するのを求めたとき、みな、その夫を例によって問責し、その妻はその夫に随って一緒に發遣させた。…

第二に、夫が發遣されるとき、祖父母父母が求めるならば、發遣に処すべき行為を自らはなしていなくても妻も一緒に連れて行く。<sup>121</sup>しかし、婦女一人のときはしばしば違犯し口答えした事実があっても發遣しない。婦女はそのような事実があっても、男犯のようには發遣せず、便宜の方法として減刑して一、二年監禁しておくとする嘉慶初年の上諭がある。<sup>121</sup>

また、共に發遣されるべき夫が死亡した未亡人について、自分のなした行為に關係する罪のみを問責するとする一案がある。<sup>122</sup>

…子孫の婦は、必ずその夫と一緒に發遣することを求めて初めて一緒に皆發遣する。もし、子孫がすでに死亡すれば、その婦にたと



え違反し反抗する情況があつても例には求められれば発遣するという条項はない。實際、婦人の義は夫に従うことが重要である。その夫が死んだからには、なお、一人で遠くに送るのは哀れみを示すものでもないし、礼教を正すものでもない。従来、こういう案件があるとき、当該の犯人の婦人は違反教令律に照らして処理する。：

ところが、教令違反だけでは別大きな利益を侵害しているときは、黙視できないとして官が訴訟手続きを主導する。告訴を待たずに手続きが開始し、審理手続きも刑罰も通常のものとなる。例えば、教令の言葉を聞こうとせず、口答えして殴罵するというような重罪が伴うときは殴罵の罪として律例の通常の手続きで処理する。ここで重罪とは教令違反条の刑よりも重い訳であるから、徒以上の刑を科するべきものをいうらしい。

また、しばしば教令の言葉を聞こうとしない、いわば累犯の場合や、教令の言葉は聞いたけれども、その後その内容に背いて犯罪をなしたり、教令違反が重大な結果につながったりしたときも官が手続きを主導する。例えば、教令違反によつて祖父母父母が自殺したり、殺害されたときや教令に背いて賭博をなしたり刃傷に及ぶようなときは、告訴がなくても手続きが開始する。

奴婢や雇工人が教令に違反したとき、官が彼らを処罰することを定めた成文の条項はない。ただ、奴婢や雇工人の性格から見てその必要がないときを除き、良人の親属間の教令の仕組みが準用されたものと思われる。重大な犯罪を伴わない奴婢や雇工人の教令違反に告訴がないのに官が介入することは、事実上、殆どなかったであろうし、また、貴重な労働力である奴婢や雇工人を発遣するように家長が求めることもないであろう。ところが、道光三年の次の事案は、子孫違反教令条の量刑を参考にして処理している。

西城察院の移送。梁培元は貧困により孫彝威の家に投靠して役に服した。立てて契拠もある。彼の主人が婢女の匡氏を買って妻にあてがった。彼の主人に暇を告げたけれども、認められなかったので、勝手に彼の妻を連れて逃げた。自分から戻って来たとはいっても、

實際、教令違反である。子孫違反教令律を比照して杖百とする。：

そして、教令違反に他の犯罪を伴っていれば、それをも含めて総合的に考えて処罰している。<sup>(32)(33)</sup>

教令に違反するものに対する制裁を巡って留意しなければならないのは、教令違反に対する制裁には官の訴訟手続きとは別の官が認める手続きがあるということである。刑律毆祖父母父母条があり、祖父母父母、および夫の祖父母父母は子孫を制裁できる。<sup>(34)</sup> また、刑律奴婢毆家長条があつて、家長、期親、外祖父母父母が奴婢、雇工人に対して制裁することがある。<sup>(35)</sup> 教令をなすものは、教令に違反するものに対して定まった手続きに沿つて官によらずに制裁できた。<sup>(36)</sup>（依法決罰<sup>(37)</sup>）。恐らく、実際には極く軽微な教令違反はこの軽い制裁を科する手続きで落着させ、これができなかったり、これだけでは奏効しないときに始めて処罰を求めて官に訴え出たのであろう。<sup>(38)</sup>

# 註

- (1) 教令違反に伴い民事的な効果も発生する。子に教令違反があつたとき、父は趕出去と呼ばれる家からの追い出しができたし、（滋賀秀三『中国家族法の原理』（創文社、一九六七年）一七九頁）教令違反は、また、離婚や義子の離縁の理由にもなった。（三邑治略卷三、二五頁a「浙江秀水臬生員王蔣鴻批」）。
- (2) 刑案匯覽卷四九、刑律子孫違反教令条「川督 咨趙正迎因被索賄欠金刃傷人致伊母忿鬱自尽一案：嘉慶元年說帖」。
- (3) 本稿五五頁。
- (4) 刑案匯覽卷四三、刑律毆期親尊長「江西撫 題周通九聽從母命推溺胞兄周通四身死一案：嘉慶十七年說帖」、同右書卷四八刑律干名犯義条「福建司 查僕婦干犯家長罪應徒流之犯例無不准收贖明文：乾隆五十九年現審案說帖」。
- (5) 大清律例卷三〇、刑律子孫教令違反条輯註。影印本四三一九頁。
- (6) 說帖辨例新編卷四〇、二六頁a「違親乱命致親自尽照違犯減流」。
- (7) 本稿五五頁。
- (8) 本稿五六頁。六七頁。
- (9) 大清律例卷二〇、刑律子孫違反教令条上註。影印本四三三〇頁。

(10) 道光十二年九月二日の一案に次のようにある。(同右書同卷同律同条上註。影印本四三二頁)。

この案、顧四観は顧鼎と親子である。顧鼎が訴えて発遣に処することを求める。既に当該県で尋問してはつきりさせ直ちに処罰を決めた。定例の従うべきものがあるのであって、遠い昔の決まりに沿って覆審して処罰を決めて上級に送付することはない。按察司をして当該県に命じて例に沿って処罰を決めて上申させ、さらに司から調べて上申させる。各属に通達して守らせる。云々。

(11) *Tung-Tsu Chu* 卷 28, Page 29.

(12) 祖父父母は発遣に処するように求めたあとでも、それなりの理由があれば、その執行を中止するよう願ひ出ることができた。それが認められる一番の理由は親に扶養の必要があるとき、子がいないときである。(大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令条上註。影印本四三二頁、四三三頁。刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「蘇撫 咨周可江呈送伊子周長春發遣旋即呈懇免遣一案」：道光七年説帖)。親が追悔していることが理由になることもある。(大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令条上註。影印本四三二頁) だが、反抗の情況が悪質であったときは認められない。(刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「江西撫 咨朱汪氏呈送伊子朱志洪發遣追悔懇請免遣一案」：嘉慶二十二年説帖)。時には執行後に於いても解放を認めている。(大清律例卷三〇、刑律子孫違犯条上註。影印本四三二頁、四三三頁)。

(13) 刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「蘇撫 咨薛張氏呈首伊子薛隴兒忤逆照例擬軍一案」：乾隆四十四年通行本内案」。

(14) 統增刑案匯覽卷一三、刑律子孫違犯教令条「提督 咨送旗人觀太呈送義子福祿一案」：道光五年貴州司案」。

(15) 刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「陝督 咨嚴孫氏与夫大功兄嚴六娃通姦」：道光二年案」。

(16) 大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令条上註。

(17) 刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「江西司 查例載父母呈子懇求遣」：道光十一年説帖」。

(18) 大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令条上註。影印本四三二頁。

(19) 統增刑案匯覽卷十三、刑律子孫違犯教令条「直督 咨米趙氏呈首前夫之子米林」：道光八年案」。

(20) 同右書同卷同条「貴撫 咨朱龔氏呈首伊子朱光輔發遣」：道光四年案」。

(21) 刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「江西撫 咨程廷彪呈送伊子並伊媳一併發遣一案」：嘉慶十三年説帖已纂例。姑が發遣に処する

ように求めても離婚させるだけで發遣しないこともある。(大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令条上註。影印本四三二頁)。

(22) 東北地方に基礎を置く旗人は取扱いが異なる。条例にあるように旗人が子孫を發遣する地域は黒龍江であるし、(本稿六六頁) 恩養年久の義子であっても發遣を求めることはできない。「恩養年久之義子与義父有犯・即照子孫取問・係專指旗人而言・至旗人与民間子弟・有旗籍之分」(「恩養年久の義子が義父に違犯したときに子孫として問責するのは、専ら旗人を指している。旗人と民間の子弟は旗籍の分がある」)(統增刑案匯覽卷一三、刑律子孫違犯教令条「提督 咨送旗人觀太呈送義子福祿一案」：道光五年貴州司

案)。

(23) 本稿六六頁。

(24) 大清律例卷三〇、刑律子孫違犯教令條上註。影印本四三二五頁。

(25) 刑案匯覽統編卷二六、刑律子孫違犯教令條「河南司 查律載子孫違犯教令杖：道光十八年說帖」。

(26) 本稿六六頁。

(27) 本稿五五頁。

(28) 本稿六六頁。

(29) 例えは、子が教令に従わないために祖父母父母が自殺したときについては、乾隆三十七年制定の条例がある。(大清律例卷二六、刑律威逼致死條例八)。父母が縱容、教令していたときには、結果の重大性を考慮して刑を決める嘉慶六年、十五年、十九年、および道光元年に改正された条例がある。(同右書卷三〇、刑律子孫違犯教令條例三)。

(30) 因みに、教令違反とは別の利益を侵害しているとき、教令違反を含めて一つの犯罪として処罰する。構成要件が具体的であるという刑法の仕組みを反映して、独立した構成要件である一つの罪として構成し、二つの利益の侵害を総合的に考えて刑を加重する。教令に背いたために祖父母父母が自殺してしまうときはこの例である。西安按察使の上奏を検討し乾隆二十七年に裁可された次の刑部の一文は、母が自殺したとき、情況を類型的に分けて処理するとしている。教令違反が自殺につながったとき二つを総合的に考慮している。

：査するに、人の子が盗みをなし姦を犯して罪が斬絞に触れるものは、もはや罪を加えることはできない。犯したことが、本来、軽くて罪が流徒以下で、たまたま、その母が命を軽んじて自殺したときも、その情況は一樣ではないし、情法の輕重も、また、隔たりが大きい。父母がその子の惡事をなすのを止められず、甚だしいときは見て見ぬ振りをしたり指図して、うろたえて惡を行わせ、既に罪を犯しているときや、ことが發覺してから命を軽んじて自殺したり、あるいは、別に脅かすものがあつたようなときは、ただ、その子が犯したその條項によつて処罰し、他の條文を比付して処罰するようなことはしない。日常、全く反抗するようなことがなく、たまたま、他のことで罪を犯しその父母が命を軽んじたときは、子孫が養贍しなかつたときの例に比照して、杖一百流三千里とする。日常、教えに従わず、ことが發覺した後も、なお、反抗しその親は怒りが高じて自殺したときは、反抗が既にはつきりしており、必ずしも姦通、盗みの二つだけを重くして処罰するのではなくて、およそ鬪狼、賭博、爭奪財産、一切の詐偽、雜犯でいやくもそのような情況があれば、すべて威逼致死の例に照らして斬に処する。過去の例ははつきりしているし、処理の事案に従來違ひはない。裁判を司るものが事に臨んで慎重に情に従つて罪を定めれば、輕重が均衡する。処罰規定を増やしてややくしくしてはならない。該按察使が上奏したところは議論するに及ばない、等々。七月二日。上諭を受けた。議論通りにせよと。こ

れを謹めり。

(刑案匯覽卷四九、刑律子孫違犯教令条「西安按察使 奏凡犯姦盜案及父母自尽者均請加等擬絞監候一摺：照通行錄」)。  
 (31) 刑案匯覽卷三九、刑律奴婢毆家長条「西城察院 移送梁培元以因貧投靠孫彝箴家服役：道光三年安徽司現審案」。  
 (32) 道光元年の陝西省の次の一案がある。(同右書同卷同条「陝撫 咨候補知州劉允圻雇袁欣在寓服役：道光元年案」)。

陝撫 咨 候補知州の劉允圻は、袁欣を雇って家で仕事をさせていた。袁欣は決まりに従わず酒の勢いで乱暴し、彼の主人が縛りつけようとしたとき、刀を取って切ろうという有様であった。もし、わずかに雇工が家長を殴り傷つけていないときに照らして徒に処するだけでは、特に情は法よりひどいように思われる。袁欣を卑幼が期親尊長を殴り刀を取って切り殺そうという情状の凶悪なときの例を比照して、近辺に発して軍にあてる。

大清律例卷二八、刑律奴婢毆家長条例四も同じ例である。

(33) 本稿七二頁。

(34) 本稿五七頁。

(35) 制裁のなし方に決まりがあり、制裁の場所と方法に自ずと制約がある。臀腿部を板で定まった数を打つのであって(「臀腿受杖」)、

鞭で打つたり(同右書同卷同条上註、影印本三九九七頁)煙でいぶしたり(刑案匯覽卷三九、刑律奴婢毆家長条「安徽司 查律載家長毆雇工人致死者：嘉慶十五年說帖」、無数に打つのは(同右書同卷同律同条「提督 咨送孫勾氏喊告伊夫孫世路被伊主恩緒毆死一案：道光八年奉天司現審案」)法に沿ったことにはならない。手続きに沿う限り、傷を負わせたときは勿論、たまたま死亡しても問責されない。刑律毆祖父母父母条に次のようにある。(大清律例卷二八、刑律毆祖父母父母条)。

…もし、教令に違犯して法に沿って懲戒し、たまたま死亡させたり過失で死なせても、それぞれ問題にしない。

教令に従わないものを手続きに沿わずに制裁して殺したとき、謀殺、故殺ではなく、非理毆殺として軽く処罰される。(大清律例卷二八、刑律毆祖父母父母条) 通常は、違法性が減少しているためであらうけれども、それが興奮のためにしたものであるとき等は責任が減少する。留意しなければならないのは、有意であることもあるということであって、有意の殺人は謀殺、故殺に限らない。「凡毆殺故殺之案・総以死者有無違犯教令為斷・並不以祖父是否有心致死・為毆故之別」(およそ、毆殺故殺の事案は、すべて死者の教令違反の有無で判断するのであって、決して祖父が意識して死を致したかどうかで毆故を分けるのではない)。(刑案匯覽統編卷二五、刑律毆祖父母父母条「蘇撫 咨藩克礼因令子媳張氏煮飯不理：道光十九年說帖」)。ただ、教令に従わないものを手続きに沿わずに制裁して死亡させたときの規定があるだけで、死亡しなかったときには規定はなく、事案も検索できない。勝手に制裁して死亡しない限り、格別問責しなかったらしい。

因みに、教令することなく犯罪を犯したものを制裁したときも、死亡すれば問責されたのであろう。しかし、死亡しない限りは不

問である。ただ、私刑を問責しないことが直ちに進んで刑罰権を私人に委ねたことにはならない。(大清律例卷二八、刑律奴婢有罪不告官司而毆殺者条を参照)。

(37) 重大な犯罪は官が主導して手続きを進めるけれども、軽微な犯罪は官の処罰を後盾にする人民の手続きに処理を委ねるのは、宗族〔滋賀秀三「刑案に現れた宗族の私的制裁としての殺害——国法のそれへの対処——」《清代中国の法と裁判》(創文社、一九七九年)所収〕、あるいは、村落に於ける(戦前の慣行調査当時の華北の農村に関するものであるけれども、拙稿「村落内に発生した紛争、犯罪に対する華北村民の対応——村落の集団性の強弱と自治の存否を解明する手がかりとして——」(星葉科大学紀要二三号)自治的な処理の仕組みと等しい。ただ、親属による制裁の手続きが官法の中に取り込まれ官の制度となっているのに対して、宗族や村落に於ける自治的な処理は事実上のものではない点に重要な構造上の違いがある。

## 結語

万人を自由な意思をもつ平等、独立なものとして絶対的に指定する現代法とは異なる清代家族法は、名分の体系の中で見る必要がある。<sup>(1)</sup> こういう点から教令を見たとき、行為規範としての教令の秩序は確かに存在し、それは裁判規範になっている。ただ、官は教令するものを監督するだけで重大な犯罪に関係しない限り、教令のなし方は官の裁判手続きを後盾にする彼の判断に委ねていた。

そして、教令をなす地位を保護することを約束するために官が直接人民に働きかけているはっきりした史料を検索できない。教令する地位は確立した権利ではなかったらしい。教令をなし、あるいは教令に従うべきであるという裁判規範は、人民の行為規範である分といういわば道徳と内容は等しいけれども人民には外在的なものであった。

## 註

(1) 拙稿「清代に於ける民事法秩序の構造」では名分とか行為規範、裁判規範の別について触れていない。しかし、既に記したように、特に、家族法秩序のような名分の働く法分野は行為規範と裁判規範に分けて見ていってこそ、緻密に分析できるということをつけ加

えておきたい。

そして、行為規範と裁判規範を分けて見ることによって法と道徳の関係を構造的に窺うこともできる。行為規範に止まり裁判規範として取り込まれていないという意味で官法のないところや裁判規範が事実上適用されないところは行為規範としての道徳だけが働く。また、例外的に裁判規範と道徳の内容が異なったり、裁判規範は存在していても官法と人民に接点がないときも、裁判になればそれが適用される訳であるから、人民にとって道徳だけが関係する訳ではないけれども、裁判規範は外在的である。

〔付記〕 本稿の草稿段階に於ける中間報告を法制史学会第四十九回総会で行なった。(平成九年四月二六日(土)、於専修大学)。